



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano VIII, Vol.VIII, n.30, abr./jun., 2017.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/04/2017.

Data de reformulação: 15/05/2017.

Data de aceite definitivo: 28/05/2017.

Data de publicação: 20/06/2017.

A RELEVÂNCIA DA VONTADE DA VÍTIMA NOS PROCEDIMENTOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Ana Claudia Loiola de Moraes Mendes*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a relevância da vontade da mulher nos procedimentos referentes a violência doméstica, com repercussão sobre o direito fundamental de proteção à vítima, sob a perspectiva positiva do garantismo penal.

PALAVRAS-CHAVE: relevância, vontade, vítima, violência, doméstica, garantismo, penal.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the relevance of women's will in procedures related to domestic violence, with repercussion on the fundamental right to protect the victim, under the positive perspective of criminal guarantism.

KEYWORDS: relevance, will, victim, violence, domestic, guarantism, criminal.

Introdução

A proteção da mulher contra situações de violência é resultado de ações iniciadas a partir dos movimentos feministas, primeiramente na luta pela minimização do sistema penal e descriminalização das ofensas contra a moral sexual, como adultério, sedução, casa de prostituição, entre outras, até, durante o processo de liberação sexual que marcou as décadas de 70 e 80 do século passado, a criação de instituições de apoio a mulheres maltratadas.

A partir daí, verificou-se a enorme demanda resultante da vitimação feminina nos lares, resultado de uma realidade oculta de dominação familiar, exercida seja pelo pai, marido, padrasto ou outra figura de autoridade. Tal situação levou à publicização-penalização do que antes se resumia à esfera particular, individual de cada uma das mulheres envolvidas. Determinados problemas, que antes se resumiam à esfera privada, particular, como a violência sexual no contexto do lar, por exemplo, converteram-se em

problemas públicos, na medida em que o direito penal foi sendo chamado à resolução dos conflitos daí surgidos.

No contexto da realidade brasileira, com a edição da lei 11.340/2006, a mulher assume papel de especial relevância na defesa do direito à proteção integral de sua incolumidade. Toma-se a proteção de sua incolumidade, física e psíquica, como eixo central de todo um sistema desenvolvido no sentido de coibir a violência doméstica no contexto familiar. A partir da situação de violência experimentada, a vítima é posta a prova, dirigindo-se inicialmente à autoridade policial e rememorando a situação angustiante à qual fora submetida, muitas vezes de forma repetida durante o convívio familiar. Este apenas o início do caminho que terá que empreender até a solução final do que seria a resposta estatal consubstanciada em um provimento dirigido à penalização do agressor.

O Estado, na pessoa dos agentes aos quais incumbe a tarefa de aplicação e concretização dos comandos normativos, não se ocupa das questões circundantes ao procedimento formal instaurado, ou com as consequências no contexto familiar afetado pela denúncia da violência. Desta forma, a vítima assume, por sua conta e risco, as consequências de suas decisões próprias, no sentido de denunciar seu algoz, traçando caminho solitário dentro do processo.

O presente artigo pretende abordar a questão da relevância da vontade da vítima nos procedimentos instaurados para apuração dos delitos de violência doméstica, mais especificamente o delito de lesão corporal, fazendo uma análise sobre a (des) importância de se conferir relevância à manifestação de vontade da vítima com relação ao prosseguimento da ação penal, e em que medida a exigência desta favorece o processo de revitimização no decorrer do procedimento apuratório desses delitos.

1. Por uma Concepção de Sistema Punitivo Sob uma Perspectiva Garantista. Dimensão Positiva do Direito Fundamental à Integridade da Mulher

O processo de construção de uma sociedade democrática requer não apenas a expansão de direitos e garantias, mas também uma expansão do estado de direito a um maior número de situações da vida e esferas de poder. A previsão de direitos fundamentais em uma carta de princípios tem como objetivo maior assegurar a liberdade do indivíduo, independente da concepção que se tenha do termo em questão.

Tomando como ponto de partida o Direito Penal como última razão de ser do direito no espaço de atuação estatal, ou seja, considerando-se o caráter instrumental do Direito Penal somente na proteção dos bens e valores considerados mais caros à coletividade, importa afirmar que, em um Estado democrático de direito, há sempre que prevalecer o ideal de proteção a

direitos fundamentais do indivíduo, dentro de um contexto em que prevaleça o ideal de justiça.

Sob a perspectiva filosófico-política, de justificação externa, impõe-se definir direitos fundamentais como aqueles “cuja garantia é necessária para satisfazer o valor das pessoas e realizar-lhes a igualdade”¹, mostrando-se de tal forma a força dessa relação biunívoca entre igualdade e direitos fundamentais, que “não apenas a igualdade é tal enquanto for constitutiva dos direitos fundamentais, mas ainda, os direitos fundamentais são tais enquanto forem constitutivos de igualdade”.

E, no contraponto entre Estado de Direito (que inclui a disciplina legal e o monopólio da força), tendente a minimizar a violência nas relações interpessoais e a democracia (técnica de convivência que pretende solucionar não violentamente os conflitos), não deve haver mais violência legal do que a estritamente necessária para controlar as outras formas de violência².

Os direitos fundamentais, vistos assim como ligados a igualdade e valores da pessoa, podem ser divididos entre direitos de liberdade (ou “direitos de”) e direitos sociais (ou “direitos a”), os primeiros correspondendo às vedações legais e prestações negativas (consubstanciando, pois, liberdades negativas), e os segundos correspondentes a prestações positivas (ou liberdades positivas, comandos dirigidos ao Estado para concretização dos direitos fundamentais). Nesta perspectiva, os direitos fundamentais correspondem a valores e carências vitais da pessoa histórica e culturalmente determinados, e é da sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode definir-se uma democracia³.

Em uma perspectiva garantista, portanto, o Estado punitivo intervirá somente nos casos em que a tutela penal for estritamente necessária, agindo nos limites estritos para garantia do direito do ofendido e no objetivo de minimização da reação violenta ao delito. Tutela, assim, não apenas a pessoa do ofendido, mas o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas.

Nesta tarefa de imprimir à jurisdição penal uma perspectiva de cunho garantista, e dentro da concepção de tutela das liberdades positivas já delineadas anteriormente, não pode o Estado perder de vista os dois princípios que devem nortear sua atividade: o princípio da legalidade (pois as prestações que satisfazem direitos sociais são sempre impostas como obrigações aos poderes públicos) e a submissão à jurisdição (porque para que as lesões a direitos fundamentais sejam sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam discutíveis em juízo em relação aos sujeitos responsáveis).

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 727.

² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 733.

Destarte, a perspectiva garantista impõe que se reconheça a condição de sujeito privilegiado na condição de mais débil na relação não somente ao indivíduo infrator face ao Estado acusador, mas também para a pessoa que sofreu a violência. Sob a perspectiva feminista, é necessário partir-se do pressuposto que as atenções devam voltar-se, no caso de violência doméstica, aos interesses da vítima.

A partir dessas duas premissas pode-se chegar a um ponto de equilíbrio, dentro do processo, no qual sejam assegurados tanto ao autor do delito as proteções inerentes a sua condição de mais fraco na relação processual (em face da imperiosidade da ação estatal contra si), quanto aquelas tendentes a satisfação da garantia de proteção à vítima da violência. Ou seja, sob ambas as perspectivas, existe o esforço de proteção à parte mais frágil, ponto central da teoria garantista.

Com base nestas considerações, e no intuito de contextualizar o assunto a ser tratado, cumpre delimitar o que seja violência doméstica. Por esta devem entender-se todas as condutas ofensivas realizadas nas relações de afetividade ou conjugalidade hierarquizadas entre os sexos, cujo objetivo é a submissão ou subjugação, impedindo ao outro o livre exercício da cidadania⁴. A violência doméstica contra as mulheres é, pois uma forma de expressão da violência de gênero.

No caso específico da violência dentro do contexto familiar – violência doméstica – muito se questiona acerca do papel do juiz de garantias, como instrumento da vontade do Estado, exercendo papel coibidor de violações de direitos daquele a quem se imputa a prática de delito. Esta a primeira perspectiva que vem à mente, quando se fala em garantismo penal dentro do contexto da violência doméstica. Por outro lado, a perspectiva garantista impõe o dever de proteção à parte também fraca na relação – desta feita a relação material, subjetiva, afetiva – ou seja, a mulher.

Como corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, impõe-se ao Estado não somente o dever maior do que o meramente abster-se de afetar, de modo desproporcional e desarrazoado a esfera patrimonial das pessoas sob sua autoridade, mas também ações positivas, no sentido de efetivamente assegurar o cumprimento da carta de princípios referida. Dentre estas ações está o dever de proteção que outorga ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja⁵.

Sendo assim, conclui-se que uma perspectiva garantista na análise de casos que envolvam violência doméstica contra a mulher, a partir da edição da lei de regência, irá exigir do magistrado também um olhar voltado para preservação do direito fundamental à proteção da mulher, ou seja, de garantia

⁴ CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo. “Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo”. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis. Maio-agosto/2006.

⁵ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**, p. 201.

(dentro do programa normativo de observância aos princípios do contraditório e ampla defesa) do direito maior de proteção à sua integridade.

2. A Mulher como Protagonista nos Processos que Envolvam Situação de Violência Doméstica. Perspectiva Jurídica do Ordenamento Vigente

2.1. Perspectiva Constitucional

Com relação à proteção da estrutura familiar, a Constituição Federal dispõe, no artigo 226, § 8º que o “*Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”. De maneira inovadora, a Constituição previu a tutela da pessoa no âmbito da família, através da criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Neste contexto, a violência doméstica representa o maior obstáculo ao modelo de família, ao concretizar uma situação de inferioridade da mulher. Sendo a igualdade de gênero pressuposto da democratização de qualquer instituição, a diminuição da desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações, inclusive nas relações familiares, mostra-se imprescindível à concretização do ideal previsto pelo constituinte originário⁶, ou seja, assegurar à pessoa o pleno desenvolvimento dentro do contexto familiar.

O comando constitucional, portanto, evidencia o intuito de promoção, no âmbito privado, ou seja, no âmbito das relações domésticas, o ideal de igualdade substancial, diante do quadro fático de desigualdade existente. A violência contra a mulher deixa de ser um assunto particular, íntimo, familiar, passando a ser um assunto de interesse público, uma vez que atinge o interesse coletivo na promoção de uma sociedade mais justa e menos violenta.

Não somente o corolário da igualdade vem inserto quando se pensa em coibição da violência doméstica e criação de meios para proteção da vítima neste contexto. Como exigência da dignidade da pessoa humana, impõe-se ao Estado um dever maior do que a mera abstenção de afetação da esfera patrimonial das pessoas sob sua autoridade, sendo exigíveis, também, ações positivas no sentido de assegurar seu pleno desenvolvimento. Dentre estas ações está o dever de proteção, que outorga ao indivíduo o correspondente direito de exigir do Estado que este o proteja. Sendo dever estatal proteger todo aquele que esteja sob sua guarda, impõe-se o dever de adotar ações concretas para que lhe seja assegurado o seu direito fundamental de proteção⁷

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 2123.

⁷ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**, p. 202.

Tomando-se em consideração que a dignidade da pessoa humana, na concepção positiva (prestacional), isto é, dirigida ao Estado no sentido de promover as ações necessárias para a garantia de condições mínimas aos indivíduos, além de promoção da participação dos indivíduos nos destinos da própria existência é um dos vetores a partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal, especificamente nas situações que envolvam a violência de gênero⁸, pode-se inferir, sem muita dificuldade, que o direito fundamental de proteção contra a violência de gênero é direito fundamental exclusivo das mulheres. Como consequência deste corolário constitucional, seriam necessárias atuações estatais no sentido de concretização desses preceitos, determinados pelo constituinte originário.

2.1. Perspectiva legal

Mesmo diante do comando constitucional que determinava a proteção da pessoa no âmbito familiar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda se convivia com uma estrutura jurídico-penal atrelada ao critério de determinação de gravidade de crimes de acordo com a quantidade de pena abstratamente prevista.

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais (lei n.º 9.099/95), resultado de plano de reforma das políticas judiciais no contexto das economias globalizadas⁹, notou-se um incremento nas demandas criminais específicas relativas a violência doméstica contra a mulher, uma vez que os delitos mais comuns passaram a ser tratados como crimes de menor potencial ofensivo, posto que o critério para tanto adotado era o da pena abstratamente cominada, e não a natureza da infração levando-se em consideração a qualidade da vítima. Como as demandas mais comuns, nos casos de violência doméstica contra a mulher, eram invariavelmente relacionadas aos delitos de lesão corporal leve, a violência doméstica passou a ser avaliada dentro de um sistema criado para composição amigável dos litígios e aplicação de medidas despenalizadoras.

Como resultado disso, o objetivo maior apregoado na lei referida não se mostrou suficiente à obtenção do objetivo maior da lei penal, a pacificação social, nos casos específicos de violência doméstica. Ao contrário, a possibilidade de diversas idas e vindas da vítima tanto na delegacia (para exercício da retratação da representação), quanto em juízo, mostraram a ineficiência do sistema na coibição de atos atentatórios à dignidade das vítimas. Com a possibilidade de retratação da vítima, quanto a representação inicialmente apresentada na delegacia, quando da notícia de ocorrência de crime, não havia uma real expectativa de proteção de interesse da vítima,

⁸ Id., ib., p. 192.

⁹ CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo. “Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo”. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis. Maio-agosto/2006.

uma vez que a grande maioria dos casos de violência doméstica (então submetidos ao rito da Lei dos Juizados Especiais Criminais) consubstanciavam delitos de lesões corporais leves.

O legislador ordinário, a partir daí, e no intuito de restringir a espécie de violência prevista pelo legislador constituinte, inseriu o § 9º na redação do artigo 129 do Código Penal, criando a figura típica da violência doméstica, pela edição da lei n.º 10.886, de 17 de junho de 2004, agravando as penas para os delitos que se enquadrassem nesta situação.

A exposição dessa nova estrutura para normatização do tratamento legal da violência doméstica renovou a discussão sobre as formas de composição dos casos de crimes praticados contra as mulheres, uma vez que, com a criação dessa nova figura típica, a discussão passou do plano material para o plano processual, uma vez que, pela pena abstratamente considerada, o delito continuava sendo tratado como de menor potencial ofensivo, portanto, sem o necessário atendimento das reais necessidades da vítima nestas situações, eis que o critério caracterizador baseava-se apenas na quantidade de pena prevista ao fato delituoso. A perspectiva de análise dos casos relacionados a violência doméstica, ainda que baseados em situação peculiar vivenciada pelas partes (situação de coabitação, âmbito familiar), continuava presa ao critério da quantidade de pena para análise das situações.

Sendo assim, a vítima, na época da edição do normativo legal referido, era submetida a tentativas de composição amigável do litígio, previstas como balizadoras do sistema penal instituído pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, com forte caráter despenalizador. Tais medidas apenas reforçavam o papel revitimizador da justiça criminal, na esfera pessoal da vítima, uma vez que não se partia do conceito da natureza do delito para caracterização das demandas, e a mulher encontrava-se invariavelmente, em situação de inferioridade, mostrando-se completamente desassistida no que diz respeito ao seu direito fundamental de proteção.

Importa considerar que a mulher desempenha, ainda de um modo geral, um papel associado aos cuidados da casa, dos filhos e do marido. Com algumas alterações de rotina, vivenciadas a partir do início do século passado, onde se lhe abriram as portas do mercado de trabalho, sendo lançada também nas atividades fora do ambiente doméstico, certo é que a base de sua formação ainda gira em torno do lar. Como consequência, sofre controle social informal mais acirrado do que o homem¹⁰, controle este que se inicia, invariavelmente, no âmbito da família, por meio de “forças complexas extremamente restritivas de controle social”¹¹.

Em decorrência desse sistema anterior, no qual se submetiam as demandas à regência da Lei dos Juizados Especiais, a vítima era posta em situação de extrema vulnerabilidade, eis que o objetivo da lei de regência,

¹⁰ LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal: Violencia domestica**. Montevideo: Julio Cesar Faria Editor, 2008.

¹¹ Id., ib.

que era o da despenalização das condutas e busca de soluções conciliatórias aos conflitos, não se mostrava o mais adequado à solução dos problemas postos à análise, resultando no retorno das vítimas ao Judiciário, eis que a mudança não se operava no âmbito da realidade familiar. Embora trouxesse à presença do Estado o problema da violência doméstica, os institutos despenalizadores mostravam-se insuficientes na demanda grave vivenciada.

Ressalte-se que o ingresso do conflito conjugal no Poder Judiciário tem significado simbólico importante para a mulher agredida. Não apenas pela visibilidade que dá à violência, mas pela informação ao Poder Público de que a mulher agredida, sozinha, não conseguirá pôr termo à agressão. A reafirmação da violência na presença do juiz, terceiro na cena processual, significa o conflito de sua real dimensão de gravidade, realizando deslocamento simbólico capaz de inverter, momentaneamente, a assimetria na relação conjugal. A interferência de atores externos ao conflito (juiz, Ministério Público, advogados) representa importante variável para a vítima, (re)capacitando-a em condições e potencialidades de fala. No momento da audiência, a obrigatoriedade da presença do agressor diante do juiz, do Ministério Público e da vítima restabelece o equilíbrio rompido com a violência. No entanto, as soluções encontradas pela Lei, através dos institutos de composição civil e transação penal, obstaculizam essa expectativa.¹²

Tratando-se de violência de natureza específica, com características, portanto, peculiares, diversas das que seriam adotadas na definição de delito de menor potencial ofensivo, restou claro, na época, que a adoção de critérios baseados unicamente na quantidade de pena nos casos de violência doméstica mostrava-se problemática, na medida em que a violência, nestes casos, tinha como característica o comportamento reiterado e cotidiano, com grave comprometimento emocional entre as partes envolvidas, que impedia as vítimas de romper a situação violenta e evitar novos delitos¹³.

Sendo assim, a necessidade de criação de novos mecanismos de proteção da vítima, tendo em vista a natureza das infrações praticadas e a peculiaridade da situação levou ao encaminhamento ao Congresso do PL 4559/04, que resultou na edição da Lei n.º 11.340/06, hoje vulgarmente conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Os movimentos que culminaram na edição de referido diploma legislativo tinham como objetivo uma resposta estatal mais rigorosa no que diz respeito à sanção de atos atentatórios à dignidade da mulher, ampliando-

¹² Id., ib.

¹³ ALMEIDA, Suely. **Feminicídio: algemas do público e do privado**. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

se o campo de atuação do Direito Penal. As previsões legislativas inibitórias do uso das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais (lei 9099/95) já renunciavam tal intenção. Como consequência, a interpretação que deveria ser feita, a partir daí, e para tais situações em que a mulher se encontrasse como vítima de violência doméstica, seria de maior rigor com o agressor.

Com a edição da Lei n.º 11.340/2006, foi afastada a incidência das medidas despenalizadoras previstas na lei 9.099/95, conforme expressamente disposto nos artigos 17 (“é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”) e 41 (“aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995”).

Apesar de muito aplaudida, seja por instâncias nacionais seja por organismos internacionais, a lei está sendo fortemente criticada pelo fato de destinar-se a proteger tão somente as mulheres e não todas as pessoas na mesma situação de vulnerabilidade. A acusação é de inconstitucionalidade por violação do princípio de igualdade formal. O engano de fundo dessa crítica se traduz no fato de que a lei espelha justamente a concretização do princípio da igualdade, mas da igualdade substancial, aquele princípio que de forma mais completa realiza o ditado constitucional da dignidade da pessoa humana o respeito à dignidade não impõe somente a tutela da “igualdade de todos perante a lei”, mas exige que seja concretizada a igualdade substancial, isto é, que se trate desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Justíssima, portanto, é a afirmação de que um ordenamento fundado no respeito da pessoa humana não pode admitir a democracia nas ruas e a autocracia dentro de casa. A violência do marido contra a mulher não é (mais) um assunto familiar e particular; é assunto que atinge, das mais variadas maneiras, a sociedade toda que, se se calar, estará, de um lado, ratificando um comportamento ignóbil e covarde, e de outro, do ponto de vista coletivo, arrumando o berço e oferecendo o alimento necessário para o incremento da violência na sociedade em que vivemos.¹⁴

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 2123.

Sendo assim, a Lei 11.340/2006 mostrou-se importante marco na defesa do direito fundamental de proteção à incolumidade física e psicológica da mulher, consequência da aplicação do postulado maior da proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste particular, importa salientar que a lei referida prevê, em seu artigo 16, que *“nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”*. Ou seja, nos crimes em que o Código Penal dispunha originariamente estar o início da persecução penal condicionada à manifestação positiva da vítima, a retratação da representação somente poderá operar-se perante o Juiz de Direito, ouvido previamente o Ministério Público.

A redação do dispositivo deu margem a discussões, justamente em razão do disposto no artigo 41 da mesma lei, que dispõe que *“aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”*.

Referido artigo, ao mesmo tempo em que afastou o critério da quantidade de pena para a concessão de benefícios despenalizadores (aliás, plenamente justificável em um novo sistema de proteção à mulher), criou uma aparente contradição entre os operadores do direito, especificamente quanto ao crime de lesões corporais leves praticadas no contexto da violência doméstica, posto que nestes casos a exigência da representação para a continuidade da persecução penal foi instituída pela Lei 9.099/95, em seu artigo 88.

A partir desta aparente contradição, inúmeros magistrados continuaram condicionando o prosseguimento da persecução penal à representação da vítima, nos moldes do que ocorria anteriormente à edição da Lei 11.340/2006, designando data para formalização da aquiescência ou retratação, em juízo, da representação ofertada perante a autoridade policial, nos casos de lesões corporais leves praticadas no contexto da violência doméstica.

2.3. Perspectiva Jurisprudencial

A prática da designação de audiências para fins de colheita da vontade da vítima, condicionando o prosseguimento da persecução a esta, resultou na manutenção do sistema anterior ao instituído pela Lei 11.340/2006, mantendo-se a mesma estrutura até então utilizada pelo regime da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Mesmo diante de um sistema que, a partir da criação de mecanismos que visassem a coibição de atos atentatórios à dignidade da mulher, promovendo efetivamente a guarda de seu direito

fundamental de proteção contra a violência de gênero, a vítima ainda era submetida a situações de revitimização, sendo instada a comparecer para manifestar novamente (uma vez que a primeira manifestação de vontade se deu perante a autoridade policial, para início da apuração do fato) quanto ao prosseguimento da persecução penal. Ainda que o artigo 41 tenha afastado a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 no âmbito da violência doméstica, muitos tribunais ainda entendiam pela aplicabilidade da exigência de representação para o prosseguimento da ação penal nos casos da violência doméstica contra a mulher. Apenas a título de exemplificação, extraem-se os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA ANTES DA DENÚNCIA E EM AUDIÊNCIA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A PROPOSITURA DENÚNCIA.

1. A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal é no sentido de que o crime de lesão corporal leve praticado no âmbito doméstico e familiar enseja ação penal pública condicionada à representação, sendo a representação da vítima condição de procedibilidade para a propositura da respectiva ação penal.

2. O legislador, ao não permitir no art. 41 da Lei n.º 11.340/2006 a aplicação da Lei n.º 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, restringiu tão somente a aplicação de seus institutos despenalizadores, entre eles a transação penal e a suspensão condicional do processo.

3. A retratação da representação pela ofendida em audiência específica preliminar é causa de extinção da punibilidade.

4. Ordem concedida.” (TJDFT, HBC 2315-7/2012, 3ª Turma Criminal, Rel. Des. João Batista Teixeira, Reg. AC. 564676, j. em 09/02/2012, publ. DJE 14/02/2012, p. 171)

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.
3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.
4. “Recurso especial improvido.” (STJ – Resp 1097042/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para o acórdão, Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 21/05/2010)

Nesta linha, o artigo 41 teve sua constitucionalidade questionada, tendo em vista as inúmeras soluções conferidas aos casos em que se tratava da efetiva participação da mulher na persecução penal quando estivesse em situação de vítima de violência doméstica.

Importa considerar que este dispositivo teve sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n.º 19, de 9 de fevereiro de 2012. A mesma Corte, ao julgar procedente a ADI n.º 4424, também na mesma data, dando interpretação conforme a este artigo, assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal praticada contra a mulher no ambiente doméstico, pouco importando a extensão desta.

Ou seja, o entendimento que restou afirmado, a partir da edição da lei de regência, era de que nas demandas que envolvessem situações de violência doméstica contra a mulher (portanto, tomando-se como critério caracterizador da demanda penal a violência de gênero), não mais seria exigida a manifestação de vontade da vítima para a continuidade da persecução penal contra o agressor, no caso dos delitos de lesões corporais (artigo 129, § 9º do Código Penal). A exigência de manifestação para o prosseguimento da persecução penal somente subsistirá nos casos de crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal), uma vez que a representação já vinha instituída na redação original do dispositivo material referido, ao contrário das lesões corporais, cuja necessidade de representação foi instituída pela lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Este inclusive o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4424/2012, julgada em 9 de fevereiro de 2012, com a seguinte ementa:

AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.

No caso específico do crime de ameaça, após a comunicação do fato delituoso à autoridade policial, a renúncia à representação oferecida somente

poderá ocorrer perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o representante do Ministério Público, consoante expressamente disposto no artigo 16 da lei em questão. Como a exigência da representação veio disciplinada pela lei 9.099/95, para os casos em que se tratasse de crime de lesão corporal, a interpretação sistemática diante do novo contexto inaugurado com a Lei 11.340/2006 levou a que a ação penal, nos casos de violência doméstica envolvendo crime de lesões corporais, seria pública incondicionada.

A tal conclusão se chegou justamente em razão de que a mulher, nestes casos, assume condição de tal forma hipossuficiente que não se encontra em condições, no momento em que é chamada perante a autoridade judicial, de decidir sobre a continuidade da persecução penal. Ou seja, atribuir à vítima a responsabilidade pela continuidade da persecução penal, em situação em que sua manifestação de vontade geralmente é cerceada por fatores, como a convivência, o temor, o medo de represálias, enfim, todo um arcabouço decorrente do controle social a que é submetida, consubstanciaria – ao revés de uma perspectiva garantista – ofensa ao dever constitucional de proteção ao direito da mulher.

Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo artigo 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o – e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade – antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do artigo 16 da Lei em comento, o ato à audição do Ministério Público. Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações

histórico-culturais, tudo a contribuir para a discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.¹⁵

Tal entendimento reflete e resume as profundas alterações introduzidas quando se reconheceu, no sistema penal brasileiro, a existência de situações em que a vítima não pode buscar e decidir, sozinha, acerca da proteção de sua incolumidade física e psicológica, tendo em vista fatores externos que impedem sua livre manifestação de vontade, pela própria fragilidade decorrente da situação de violência. A perspectiva de atuação estatal, dispensando a manifestação de vontade da vítima para o prosseguimento da persecução penal, representa uma posição de que o enfrentamento a tais delitos deve sair da esfera privada e ingressar na esfera do interesse público¹⁶, aliás, a exemplo do que ocorreu com a criminalização de determinadas condutas, como a própria violência praticada no âmbito doméstico.

Conclusões

A proteção ao direito fundamental, cuja natureza exclusiva às mulheres decorre de uma interpretação constitucional que privilegie a máxima proteção a sua incolumidade física e psíquica, decorre da inequívoca atuação estatal no sentido de fornecer meios para sua efetiva concretização. Neste contexto, a edição da lei 11.340/2006 mostrou-se marco importante no caminhar da sociedade brasileira, no intuito de se buscar a igualdade substancial entre os indivíduos, minimizando os efeitos da violência doméstica contra a mulher. Com a previsão legal, seja da estrutura posta à disposição da mulher na proteção de seu direito de proteção contra qualquer espécie de violência, seja da prevalência de sua vontade inicial para defesa destes direitos, é que se tem um verdadeiro panorama de como a sociedade irá tratar, doravante, o espectro de garantias de direitos dos mais fracos.

Destarte, a tensão entre vontade da vítima e intervenção estatal vai-se afrouxando na medida em que o Estado se mostra disposto a tornar efetiva a proteção prevista constitucionalmente. A vítima, logo após o ato delituoso, decide e dirige-se à autoridade competente, denunciando o ato de violência. A partir daí, sua vontade resta capturada pelo Estado, posto que a exigência constitucional é a efetivação de seu direito de proteção integral contra a violência. A vontade da vítima mostra-se, assim, relevante no momento em

¹⁵ Voto do Relator, Min. Marco Aurélio Mello, ADI 4424/2012.

¹⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom; MACHADO, Bruno; SUXBERGER, Antonio Henrique e TÁVORA, Mariana Fernandes. *Modelos Europeus de Enfrentamento à Violência de Gênero. Experiências e Representações Sociais*, p. 386.

que esta se dirige à autoridade policial e noticia a prática do delito de lesão corporal (leve). Mostra-se relevante no momento em que, diante das dificuldades decorrentes da própria notícia à autoridade policial, formula requerimento relacionado às medidas protetivas estatais. A partir daí, buscar novamente da vítima a reafirmação de seus direitos, condicionando a persecução penal a sua vontade, seria contrariar todo um sistema de proteção construído no intuito de resguardo da sua incolumidade, da sua paz, da sua integridade física e psíquica.

Sendo assim, afastada a possibilidade de representação a vítima, nos crimes de lesão corporal praticados no contexto da violência doméstica, tem-se por indiscutível que, no momento em que a vítima noticia à autoridade policial a ocorrência de crime desta natureza (violência contra a mulher, no contexto doméstico), não mais é necessária sua participação no palco processual. A persecução penal subsistirá, ainda que contra sua vontade, eis que a exigência de manifestação positiva de vontade, nestes casos específicos, em que o caso concreto evidencia uma maior fragilidade emocional, ao contrário do propugnado pelos que acreditam na validade de seu consentimento, consubstanciar-se-ia uma afronta a direito desta mesma vítima, direito este constitucionalmente protegido.

Somente desonerando a vítima do encargo de impulsionar a persecução penal, colocando em seus ombros a responsabilidade acerca da ação estatal sobre o ofensor, poder-se-á pensar em garantia dos direitos inerentes ao dever do Estado de prover a sua efetiva proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Suely. **Feminicídio: algemas do público e do privado**. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Thiago André Pierobom; MACHADO, Bruno; SUXBERGER, Antonio Henrique e TÁVORA, Mariana Fernandes. **Modelos Europeus de Enfrentamento à Violência de Gênero. Experiências e Representações Sociais**. Brasília: ESMPU, 2014.

CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo. **Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo**. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis. Maio-agosto/2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal. Violencia domestica**. Montevideo: Julio Cesar Faria Editor, 2008.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.